

O CONCEITO DE PROVA*

*Leonardo Greco***

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Prova civil e prova penal. 3. Sentido lógico de prova. 4. Concepção processual. 5. Concepção meta-jurídica. 6. A prova como atividade, meio ou resultado. 7. Elemento funcional do conceito: a convicção do julgador. 8. Elemento funcional do conceito: a descoberta da verdade. 9. Objeto da prova: fatos probandos, fatos probantes ou proposições fáticas. 10. A prova como sistema normativo. 11. A prova como argumento: o raciocínio jurídico. 12. Verdade, racionalidade e sistema probatório. 13. Conclusão: a prova como garantia.

1. Introdução

Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional que lhe assegurará o pleno gozo desse direito.

Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz

* Artigo elaborado para a coletânea de estudos em homenagem ao Professor Égas Moniz de Aragão.

** Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade Gama Filho e Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação/Mestrado da Faculdade de Direito de Campos.

pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável.

Nos livros em que estudamos, as questões de fato pareciam quase inteiramente alheias ao mundo do Direito (*jus litigatoris*), como se fossem objeto ou de um saber vulgar naturalmente sujeito a erro, resultante da percepção sensorial de qualquer pessoa - a testemunha - em si pouco confiável, ou de um sofisticado saber científico, revelado enigmaticamente pelo perito, investido de uma confiança cega e incontestável, ou de documentos iguais aos que diariamente manipulamos nos sucessivos episódios da nossa vida e que aprendemos a avaliar intuitivamente através do senso comum.

O processo estudaria apenas os meios e o modo como o conhecimento dos fatos é produzido como premissa necessária da sentença judicial, estabelecendo ainda, juntamente com o direito material e em benefício deste, algumas regras mais ou menos interventivas na sua investigação ou na sua avaliação.

Se essas regras jurídicas tiverem sido observadas, nenhuma importância terá o resultado, que poderá tanto estar muito próximo quanto muito distante da realidade da vida.

Essa indiferença com o resultado da apuração dos fatos no processo encontrava justificativa na inspiração divina da decisão judicial, aceita desde a Antiguidade grega, ou no poder absoluto do soberano, que substituiu na Idade Moderna o poder divino, ou no individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto, mas seguramente não satisfaz aos ideais democráticos do Estado contemporâneo, que assenta a legitimidade política do poder dos juizes na credibilidade das suas decisões.

A sociedade do nosso tempo é mais exigente. Ela não mais se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas apenas com aquela que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica, porque a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental

de decisões justas¹ e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos, já que legitimadora do poder político de que estão investidos os julgadores.

Alessandro Giuliani, o jusfilósofo italiano cuja obra inspirou o título deste estudo, chegou a dizer que toda a ciência jurídica se reduz a uma ciência das provas e que o próprio direito não existe independentemente de sua prova.²

Como é possível assegurar que todos os juízes direcionem os seus esforços para definir de modo consistente os fatos, sem esclarecer previamente o que é a atividade probatória, qual é o seu objeto, qual é a sua função; sem definir qual é o método mais apropriado, quais são os seus poderes e as suas limitações?

Lessona, no seu majestoso Tratado,³ considerava a definição de prova um conceito comum, eminentemente prático: dar ao juiz a certeza do ser e do modo de ser dos fatos controvertidos.

Uma investigação mais cuidadosa revelará, entretanto, a complexidade do tema, que certamente não será suficientemente explorado, muito menos equacionado, no presente estudo. E, acredito, mostrará também que a efetividade do processo está a exigir um conceito de prova mais exigente, com a revisão de todo o sistema normativo probatório, hoje impotente para coibir o arbítrio.

2. Prova civil e prova penal

Se a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida,⁴ porque dela todos fazem

¹ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 224.

² GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Milano: Giuffrè (reedição inalterada). 1971. p. 233.

³ LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3.^a ed. Firenze: Casa Editrice Livreria "Fratelli Cammelli", 1922. v. I. p. 2.

⁴ BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Comares: Granada, 2001. p. 15.

uso cotidiano como meio de caracterizar a existência de fatos relevantes, o seu grau de exigência deve acompanhar as imposições dessa mesma realidade. Assim, quando esses fatos podem ameaçar a existência ou a eficácia de direitos subjetivos de tal relevância que o direito substancial considera indisponíveis pelo próprio titular, a sua prova deve estar acima de qualquer suspeita.

Não se trata de diferenciar espécies ou graus de probabilidade, de verdade ou de certeza, mas de conferir a mais elevada segurança e credibilidade à decisão judicial para que ela não cause um dano a um direito em decorrência da inércia ou da incapacidade do seu titular ou da desatenção do juiz, quando está em jogo um daqueles direitos de que o próprio titular não pode voluntariamente dispor.

Nas causas entre particulares, a regência do princípio dispositivo ou do princípio inquisitório diferenciará a investigação dos fatos nas causas que versam sobre direitos disponíveis ou indisponíveis, parecendo irrelevante a variação da natureza da relação jurídica de direito material. Nenhuma das partes pode ser posta em situação de desvantagem na apuração dos fatos que a ela interessam.

Por isso, na polêmica entre Carnelutti⁵ e Florian⁶ sobre a unidade ou a diversidade das provas civis e penais, a vitória haveria de caber ao primeiro, porque todas as características da prova penal apontadas pelo segundo também se aplicariam às causas cíveis sobre direitos indisponíveis, como os poderes inquisitórios do juiz.

Todavia, não obstante todos os esforços de uma teoria geral do processo unitária, com base na ficção garantística do sistema acusatório de um Estado que se despe de sua autoridade para colocar-se em aparente igualdade com o particular para assegurar a este um

⁵ Pruebas civiles y pruebas penales. In: *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires: EJE, 1952, v. II, p. 95 e ss.

⁶ FLORIAN, Eugenio. Le due prove (civili e penali). In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1926, v. III, parte I, p. 221-227.

julgamento imparcial e o exercício da mais ampla defesa, no processo penal a balança pende decididamente para o lado do réu. A presunção de inocência e a relevância humanitária da liberdade humana impõem muito mais rigor na prova dos fatos incriminadores do que dos exculpadores, podem exigir rígidas e formais provas legais, como o corpo de delito, para a procedência da acusação, mas não para a sua improcedência, podem em certos casos admitir provas ilícitas em benefício da defesa, mas nunca em benefício da acusação.⁷

Mas também no processo civil de interesse público, que alguns têm denominado direito processual público, que trata dos litígios civis (no sentido de não-penais) entre o Estado e os cidadãos, se estiver em risco um direito fundamental do cidadão especialmente relevante do ponto de vista humanitário, como a intimidade, na investigação dos fatos a balança há pender para o lado do particular, impondo a lei ou o juiz maior rigor na prova dos fatos desfavoráveis a este do que ao Estado.

Por isso, não se justifica a pretensa diferença entre o processo civil e o processo penal em matéria probatória. Em verdade, ela resulta da importação de uma concepção do processo civil típica dos litígios entre particulares, diferenciada do processo das causas do Estado, em geral confiada a uma outra jurisdição.⁸

Peculiaridades procedimentais de um ou outro sistema normativo podem diferenciar em aspectos acessórios os sistemas probatórios civil e penal de

⁷ Essas peculiaridades levam alguns, ainda hoje, especialmente no Processo Penal, a sustentar a diversidade entre este e o processo civil em matéria de prova (V. STELLA, Federico. Prefácio a Benito V. Frosini. *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2002. p. V).

⁸ Assim, por exemplo, Chaïm Perelman (La preuve en Droit, essai de synthese. In: *La preuve en droit*, estudos publicados por Chaim Perelman e P. Foriers. Bruxelles: Bruylant, 1981. p. 363), sustenta que é normal que, num litígio civil, se confie na prova preponderante, na tese mais provável, enquanto que no direito penal não se pode condenar a não ser quando os fatos estão estabelecidos de uma maneira praticamente certa, *beyond reasonable doubt*.

determinado ordenamento jurídico, assim como podem distinguir os regimes da prova em litígios de jurisdições diversas, todas civis.

3. Sentido lógico de prova

Prova é uma palavra utilizada na linguagem jurídica em vários sentidos. Os principais, reiteradamente citados pela doutrina, são três, embora cada um deles, por sua vez, seja utilizado em mais de um sentido: prova como meio, prova como atividade e prova como resultado, como veremos adiante.⁹

Mas, na medida em que a própria doutrina jurídica reconhece que a prova não é um fenômeno exclusivamente do mundo do Direito, mas do cotidiano humano,¹⁰ é forçoso observar que sobrepairá como um dos mais importantes significados de prova a sua compreensão como raciocínio, como processo mental através do qual se estabelecem as conclusões que decorrem de determinadas premissas,¹¹

⁹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. Acentua a diversidade de significados de prova (p. 414), ora como demonstração, ora como experimento, e também se refere à sua dimensão polissêmica (p. 421-423): 1) aquilo que serve ou pode servir para confirmar ou falsificar uma asserção relativa a um fato da causa (meios de prova); 2) o resultado da produção dos meios da prova e da sua avaliação pelo juiz; 3) O meio lógico e gnoseológico e o procedimento. Jerzy Wróblewski (*La preuve juridique: axiologie, logique et argumentation*. In: *La preuve en droit*) aponta como significados mais importantes de prova (p. 333): 1) raciocínio no qual o *demonstrandum* é justificado pelo conjunto de expressões linguísticas dos quais ele é deduzido por uma série finita de operações; 2) expressão linguística (proposição ou estimativa) que está na base do primeiro significado; 3) atividade de uma pessoa que formula a prova no segundo significado; e 4) objeto que serve de fundamento da prova no segundo significado.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. (*La prueba civil*. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. XV da Introdução à segunda edição italiana) não poderia ser mais expressivo: "...tan pronto como comencé a escribir las primeras cosas acerca de la prueba, comenzaba en realidad a evadirme de los confines del Derecho; pero no tuve entonces, ni tampoco durante mucho tiempo después, conciencia de tal evasión. Cuando mucho más tarde me di cuenta de ello, la primera reacción en mi espíritu fue el gusto por el aire libre."

¹¹ GÓMEZ MARTÍN, Fernando. *Actuaciones profesionales em el ámbito judicial* (Especial mención a la Prueba Pericial Contable). Barcelona: CEDECS, 2003. p. 22.

porque a prova é o meio lógico através do qual se constrói o julgamento.¹²

As regras dessa construção racional de qualquer conclusão, que define a prova como instrumento de saber humano não exclusivo do Direito ou da Justiça, e a sua aceitação como critério legítimo de decisão de controvérsias remontam à Antiguidade grega, em que julgadores com credibilidade, investidos, pelo juramento, da inspiração divina, atuavam como os porta-vozes do normal, do eticamente comprometido e do senso comum.

A dialética e a retórica, inspiradas em Aristóteles e na sofística, é que definiam os juízos de fato, matéria praticamente indiferente ao Direito, desenvolvida pelos oradores e pelos retóricos, através da argumentação.¹³

¹² CARNELUTTI. Op. cit., nota 10, p. XVIII: "En mi cátedra, suelo decir que el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba."

¹³ LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale – contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 7-10. Essa ausência de uma teoria jurídica das provas no Direito Romano clássico é contestada por Giuliani (*Il concetto di prova*. p. 101-105), para quem a investigação de Pugliese (*La prova nel processo romano classico*. Jus, 1960) permite afirmar que o abandono de um sistema de provas irracionais (processo arcaico) coincide com o influxo das teorias retóricas, a partir do século I, começando a prevalência das provas *inartificiais*, a imposição de normas de exclusão de testemunhas (mulheres, dementes, impúberes), e a exigência do contraditório na tomada dos depoimentos. No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (*Lições de História do Processo Civil Romano*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 124-125), segundo os quais, no período formulário, os fatos deduzidos na *intentio* e na *exceptio* tinham de ser provados pelas partes, vigorando a regra de distribuição do ônus da prova: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Em posição semelhante, v. Humberto Cuenca (*Processo Civil Romano*. Buenos Aires: EJE, 1957), para o qual, no período formulário, dois princípios regiam todo o sistema probatório romano: o ônus da prova corresponde ao autor e a prova é da livre apreciação do juiz. No tempo de Adriano e Constantino foram promulgadas normas para disciplinar as provas testemunhal e documental (p. 81-82). No período extraordinário evoluiu-se da livre convicção a uma convicção regulada mediante certas regras e com um pequeno sistema de tarifa probatória, surgindo no baixo Império as presunções e ganhando força os documentos e as perícias (p. 146-149). Convenci-me, entretanto, da posição adotada no texto após a leitura de José-Javier de los Mozos-Touya (*Le juge romain à l'époque classique*. In: *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sob a direção de Jean-Marie Carbasse e Laurence

Essa tradição foi transmitida aos romanos e enriquecida por Cícero que caracteriza a prova como o domínio do duvidoso (*argumentum est ratio, quae rei dubiae faciat fidem*), do controverso, do opinável, do provável através de valores e escolhas axiológicas, em que o consenso é o critério da verdade.¹⁴ Através da argumentação dialética, a dúvida seria definitivamente dissipada, o que levou Lalande a definir a prova como “a operação que conduz a inteligência de uma maneira indubitável e universalmente convincente a reconhecer a verdade de uma proposição considerada antes como duvidosa.”¹⁵

Seria ingênuo supor que o sentido lógico da prova assegurasse rigorosa objetividade aos julgamentos dos fatos. Não havia regulamentação jurídica das provas, nem necessária fundamentação das decisões, de modo que a idéia de consciência ética ou de consenso ditava a apreciação das provas chamadas inartificiais, como o testemunho, cujo valor a retórica exaltava, propiciando, através da virtude da prudência, um julgamento fático decorrente da descoberta da verdade “no coração do homem,” nas palavras de Clara Tournier.¹⁶ Não se pode desprezar a observação de que, até então, ainda não

Depambour-Tarride. France: ed. Presses Universitaires de France, 1999. p. 58-61) que reconhece que desde o século II havia um sistema razoavelmente complexo de regras probatórias, mas o costume judiciário as reduzia à convicção do juiz, o que estimulava os advogados educados na retórica “a exercerem a sua arte.” O próprio Cícero narra esse desinteresse. A apreciação da prova se inseria, portanto, na consciência do juiz, pela ausência quase completa de regras racionais de direito. Não fora outra a conclusão de Vittorio Scialoja (*Procedimiento civil romano*. Buenos Aires: EJE, 1954. p. 390). No período formulário havia uma maior liberdade de provas, na escolha das espécies, na ordem da sua apresentação e na sua avaliação. Progressivamente, a jurisprudência reduziu essa liberdade, transformando em regras jurídicas certos princípios lógicos, que foram também objeto de leis imperiais, sempre sob a preponderância da liberdade de consciência do juiz.

¹⁴ GIULIANI, Alessandro. Logica (Teoria dell'argomentazione). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. v. XXV. p.14-17.

¹⁵ P. FORIERS, V. Introduction au droit de la preuve. In: *La preuve en droit*. p. 11.

¹⁶ TOURNIER, Clara. *L'intime conviction du juge*. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003. p. 43.

predominava a figura do juiz profissional, que somente adquiriu relevo no período da *cognitio extraordinaria*, mas a do julgador popular.

A Idade Média, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea vão ser dominadas pelas provas legais e pela livre convicção, com reduzida influência da dialética e da retórica.¹⁷ Na segunda metade do século XX, renasce o interesse pela consistência racional da apreciação dos fatos e pela universalidade dessa apreciação.

Nesse sentido, ressalta Giovanni Verde que, hoje em dia, toda reflexão sobre a prova deve considerar: a) a necessidade de construir a investigação do juiz como racional; b) a possibilidade-necessidade lógica de distinguir a questão de fato da questão de direito; c) a possibilidade-necessidade de indicar um modelo racional que permita ao juiz a reconstrução dos fatos; d) a articulada qualificação jurídica dos fatos; e) a possibilidade de controle da racionalidade de tais escolhas por parte dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e demais cidadãos. O processo moderno tem caráter racional, assentando-se sobre uma avaliação dos fatos que deve explicitar-se em argumentações controláveis ou aceitáveis por toda a coletividade.¹⁸

Desse modo, adquirem importância concepções lógicas da prova, três das quais ganharam recentemente especial destaque: a retórico-persuasiva, liderada por Perelman e a escola de Bruxelas, herdeira da tradição tópico-aristotélica; a semiótica, que assenta na estrutura lingüística e na coerência da narrativa dos discursos

¹⁷ Impressão diversa pode dar a leitura da rica obra de Alessandro Giuliani (*Il concetto di prova*), que aponta o ressurgimento da retórica no século XII, como consequência da decadência das ordálias, e o desenvolvimento de uma chamada *lógica do provável*, de que foi expoente John de Salisbury, e a sua ulterior importância, especialmente através da teoria das presunções de Coke, da *law of evidence* construída nos séculos XVII e XVIII com base na filosofia de Locke e da *Arte Retórica* de Thomas Wilson (Op. cit., nota 2, p. 137, 194-197).

¹⁸ VERDE, Giovanni. Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile. In: *Enciclopedia del diritto*. v. XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 580.

processuais; e a americana da probabilidade quantitativa, que procura mensurar o convencimento, através da provável frequência do fato numa escala de valores numéricos fracionários entre 0 e 1, o chamado teorema de Bayes.

Depois de analisar cuidadosamente cada uma dessas teorias, Michele Taruffo as rejeita: a retórico-persuasiva porque superestima na avaliação das provas a estratégia dos advogados, desprezando a busca da verdade; a semiótica pelo seu aspecto redutor da avaliação das provas a um jogo limitado à sua dimensão lingüística, igualmente distanciado da verdade; e a da probabilidade quantitativa porque pressupõe uma quantificação inicial, que é sempre arbitrária e, assim, compromete as suas conclusões.¹⁹ Todas são úteis, especialmente porque exigem do juiz rigor no raciocínio, mas não são suficientes concepções probatórias.

4. Concepção processual

É com o advento das provas legais, que emancipam o juízo das ordálias germânicas e, ao mesmo tempo, o submetem à autoridade do soberano e da Igreja, que o Direito passa a ter as suas próprias regras quanto à admissão e à avaliação das provas, pois, até então, o julgamento dos fatos era matéria alheia ao Direito.²⁰

Não obstante reproduzissem muitas regras da lógica e da retórica, as regras jurídicas sobre a prova passaram a constituir para muitos um sistema autônomo, autossuficiente, porque precipuamente destinado a condicionar as decisões judiciais, que, por sua vez, mais do que a satisfazer ao sentimento de justiça do povo ou a uma determinada conformidade com a verdade, visavam

¹⁹ TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 9, p. 30, 34-35 e 192-193.

²⁰ LOMBARDO, Luigi. Op. cit., nota 13, p. 10.

a resolver os conflitos numa dimensão temporal puramente jurídica.²¹

Mesmo depois do abandono das provas legais, no regime da livre convicção, a autonomia da concepção processual sobre a prova sobreviveu, principalmente graças à influência do positivismo dos séculos XIX e XX.

Giuliani, referindo-se a Leibniz, aponta-o como um dos defensores da verdade formal que, reduzindo a complexidade probatória, abandona a busca da verdade objetiva em favor da decisão da lide, na qual a relevância dos fatos depende da lei.²²

Para Carnelutti, a prova é a fixação formal do fato controvertido, condicionada por percepções obtidas e deduções extraídas de acordo com o ordenamento jurídico. Valendo-se da experiência acumulada, a lei impõe limites para eliminar erros e evitar atos supérfluos e, assim, cria a antítese entre a verdade verdadeira e a verdade jurídica²³.

Jaime Guasp igualmente parece manifestar preferência por uma concepção processual da prova, proclamando: “sem juiz ou sem processo, não há prova.”²⁴

Moacyr Amaral Santos, depois de elogiar a definição de João Monteiro, que concilia os elementos objetivo (os meios) e subjetivo (a certeza ou convicção) do conceito de prova, acrescenta que os meios e a convicção dependem do modo e da forma como se apresentam e são apreciados. Cabe às partes e ao juiz trazer os fatos ao processo, “segundo a forma determinada na lei. Por isso, o que existe, realmente, é a demonstração, a exibição, a investigação dos fatos, respeitadas as regras processuais. Será bem a apuração dos fatos no processo.

²¹ TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 09, p. 2.

²² GIULIANI, Alessandro. Prova in generale: a) Filosofia del diritto. In: *Enciclopedia del diritto*. v. XXXVII. Milano: Giuffrè, 1988. p. 527.

²³ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., nota 10, p. 18-21. Em orientação semelhante, v. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 35-38.

²⁴ GUASP, Jaime. La prueba em el proceso civil español: principios fundamentales. In: *Estudios Jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996. p. 394.

Daí poder-se formular uma definição – prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.”²⁵

Ainda no âmbito dessa concepção exclusivamente processual da prova devem ser citados aqueles que reconhecem que é através do raciocínio que o juiz atinge o conhecimento do fato e que esse raciocínio deve obedecer as regras da lógica, mas não da lógica comum ou da lógica de outras ciências, mas de uma lógica própria da prova judiciária, resultante do conjunto dos princípios e regras de cada ordenamento jurídico.²⁶

5. Concepção meta-jurídica

Contrapondo-se à retórica e às provas legais, desenvolve-se a concepção meta-jurídica da prova, que a identifica como um fenômeno utilizado pelo conhecimento humano em todas as áreas do saber, procurando desprendê-la de uma caracterização especializada, exclusivamente técnico-jurídica.

Bentham foi um dos expoentes dessa concepção, que explicou em singelo relato no capítulo IV do seu Tratado,²⁷ no

²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. v. I. São Paulo: Max Limonad, s/d. p. 16.

²⁶ ROLIN, Henri. Citado por André Vanwelkenhuyzen; *Preuve et secret em Droit Public*. In: *La preuve en droit*, estudos publicados por Chaim Perelman e P. Foirers. Bruxelles: Bruylant, 1981. p. 257.

²⁷ BENTHAM, Jeremias. Op. cit., nota 4, p.15-16. “...Se sigue de esta definición que las cuestiones relacionadas con la prueba tienen mayor extensión de lo que se piensa. Se presentan aún en circunstancias de la vida, en que ni siquiera se piensa que se está siguiendo un procedimiento lógico o, por así decirlo, judicial: el manejo de los asuntos domésticos se desarrolla enteramente sobre pruebas: nuestras más frívolas diversiones, suponen las más sutiles aplicaciones. Mirad un cazador: estas ligeras marcas sobre el cespèd, aquellas ramas quebradas, esas huellas sobre el suelo, estas materias imperceptibles que hieren su olfato, todo ello, es prueba suficiente de que la presa perseguida ha pasado por allí? Está ejerciendo el arte de juzgar sin conocer sus principios; razona por instinto, exactamente igual que Monsieur Jourdain escribía en prosa sin saberlo. El salvaje, qué digo?, incluso el animal saca de un hecho las conclusiones de otro. Juzga según reglas. MONTESQUIEU habría dicho según leyes naturales. Para las ciencias físicas se ha hecho un tratado del arte de observar. Es un tratado de las pruebas aplicado a un fin particular. Es el arte de sacar conclusiones justas de un hecho con respecto a otro: se trata de saber si todos los hechos observados corresponden entre sí.... En todos los casos la prueba es un medio encaminado a un fin”.

qual define a prova como um fato presumivelmente verdadeiro do qual se extrai a conclusão da existência de outro e mostra que o homem em sua vida doméstica, o caçador, o cientista e até os animais presumem certos fatos verdadeiros, daí concluindo sobre a existência de outros.

Alguns compartilham a noção jurídica de prova com a de apenas determinadas ciências afins. Assim, Carnelutti reconhece que o conceito de prova se encontra fora do Direito e é instrumento indispensável para qualquer um que faça, não apenas Direito, mas também História.²⁸ Devis Echandia leciona que é nas ciências e atividades reconstrutivas (História, Arqueologia, Lingüística) que a noção de prova adquire um sentido preciso e especial, que é em substância o mesmo que tem no Direito.²⁹

Outros, como Battifol, na França, reconhecem que o direito tem de curvar-se, em certas questões das ciências biológicas, à prova dos fatos tal como reconhecida nessas ciências, exemplificando com um caso de erro médico julgado em 1979 pela Corte de Cassação.³⁰

Com essa equiparação não sempre concorda a retórica, que distingue a prova jurídica da prova no mundo das ciências exatas, porque esta tem sentido demonstrativo, enquanto aquela tem o caráter persuasivo.³¹

A concepção meta-jurídica se distancia das provas legais porque, enquanto estas são um sistema fechado, que submete o juiz às regras da lei, aquela é um sistema aberto, em que o juiz deve recorrer aos métodos e critérios de todas as outras áreas de conhecimento, porque o Direito não é capaz, por si só, de fornecer-lhe os meios e as diretrizes para definir com segurança os fatos. Se o

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. p. XIV da Introdução à 2ª ed. italiana.

²⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1984. p. 25.

³⁰ BATIFFOL, H. Observations sur la preuve des faits. In: *La preuve en droit*. p. 309.

³¹ PERELMAN, Chaïm. e OLBRECHTS-TYTECA, L. *Trattato dell'argomentazione – la nuova retorica*. Torino: Einaudi, 2001. p. 3-12.

método das ciências biológicas é o mais adequado para apurar ou avaliar os dados que podem acertar os fatos, a ele deve recorrer o juiz. E assim, do mesmo modo, deve ele fazer uso dos métodos de todas as demais áreas do conhecimento humano, como a psicologia, a física, a matemática, a sociologia etc.

Como dizia Bentham, as provas, como meios de definição dos fatos, existem fora do processo e, independentemente da sua existência, instruem comportamentos e decisões adotadas em todos os momentos da vida pelos seres humanos. O processo deve ser capaz de reproduzir a realidade da vida com a mesma segurança e credibilidade com que o mais atento observador ou o mais bem aparelhado cientista é capaz de fazê-lo.

A concepção meta-jurídica também se afasta da retórica, porque defende a natureza demonstrativa da prova judiciária, em igualdade de condições com quaisquer outras ciências, fazendo uso da epistemologia, como teoria do conhecimento empírico fundada na experiência científica, na lógica do razoável e no senso comum, e da própria lógica formal, através do respeito aos princípios da não-contradição e da racionalidade interna da decisão probatória.³²

Os ordenamentos jurídicos disciplinam as provas, mas se não o fizessem, elas existiriam e poderiam servir para definir de modo aceitável os fatos em juízo, através da observância dos princípios do senso comum e da racionalidade.³³

Giovanni Verde já ressaltara que o direito probatório não se exaure em um complexo de normas assépticas, mas que a sua aplicação está condicionada por uma série de fatores históricos, sociais, culturais e religiosos.³⁴ As

³² WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. cit., nota 9, p. 351.

³³ TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 9, p. 322.

³⁴ VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile (Profili di teoria generale). In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1998. p. 10.

regras jurídicas, que variam de um ordenamento para outro, devem dar à prova judiciária a mesma segurança da prova nas demais ciências empíricas,³⁵ assegurando que o livre convencimento se desenvolva com racionalidade, livre do arbítrio.³⁶

A concepção meta-jurídica, que não despreza, ao contrário, prestigia a lógica da prova, está profundamente enraizada nos sistemas da common law, onde parece estreitamente vinculada aos julgamentos populares, refratários ao tecnicismo jurídico, refletindo especialmente nas obras de Bentham, de James Bradley Thayer, de John Henry Wigmore e de William Twining.³⁷ Essa concepção não poupa críticas às limitações probatórias e ao artificialismo normativo das Federal Rules of Evidence norte-americanas.³⁸

6. A prova como atividade, meio ou resultado

Até agora procuramos responder à pergunta de onde se localiza a prova na enciclopédia das ciências, como instrumento de acerto dos fatos: na Lógica, no Direito, ou em todas as ciências, puras ou experimentais que necessitam fazer uso desse instrumento. Neste passo, cabe analisar o conceito de prova sob outra perspectiva, o do conteúdo do instrumento de acerto dos fatos. Em

³⁵ Ciências empíricas ou ciências experimentais, segundo Armand Cuvillier, são aquelas que têm por objeto os fatos e as leis que os regem, propondo-se a explicar aquilo que é (*Nouveau précis de philosophie*. Paris: Armand Colin, 1964. p. 555).

³⁶ RICCI, Gian Franco. Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LIV. Milano: Giuffrè, 2000. p. 1150-1162.

³⁷ TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 9, p. 318; RICCI, Gian Franco, Op. cit., nota 36, p. 1132-1133; TWINING, William. *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*. London: ed. Weidenfeld & Nicolson, 1985; TWINING, William, *Exploratory Essays*. Illinois: Northwestern University Press, 1994. p. 347-349. Especialmente o ensaio "Rethinking Evidence",

³⁸ TWINING, William. Op. cit., nota 37; DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. Yale University Press, 1997.

que consiste o acerto dos fatos?

O acerto dos fatos compõe-se de vários elementos, embora a todos eles denominemos genericamente prova, que, como já vimos, é palavra usada em sentidos diversos.

Moacyr Amaral Santos aponta três acepções para a palavra prova: atividade, meio e resultado.³⁹

Com assento em Florian, Devis Echandia leciona que a noção de prova possui três aspectos: a) a sua manifestação formal, que são os chamados meios de prova; b) o seu conteúdo essencial, que são as razões ou motivos extraídos desses meios sobre a existência ou inexistência dos fatos; e c) o seu resultado subjetivo, o convencimento do julgador.⁴⁰

Giovanni Verde também aduz que o vocábulo prova alude ao fato representativo (meio ou fonte da representação), ao procedimento através do qual as partes e o juiz trazem ao processo o meio de prova ou ainda ao resultado do procedimento probatório, à representação que dele deriva e ao convencimento que o juiz forma.⁴¹

Definindo a prova, quanto à natureza, como o meio objetivo por que a verdade chega ao nosso espírito, a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas determinações especiais de credibilidade, de probabilidade e de certeza, ressalta Malatesta que cientificamente a evidência não é prova, pois, no rigor lógico, quando se fala de prova, fala-se de um fato diverso do fato provado.⁴²

³⁹ Op. cit., nota 25, p. 4. No mesmo sentido, CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p.48.

⁴⁰ Op. cit., nota 29, p. 33.

⁴¹ VERDE, Giovanni. Op. cit., nota 18, p. 588.

⁴² FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, s/d. p. 84 e 89. Referindo-se à verdade como um fato intelectual, igualmente Armand Cuvillier (Op. cit., nota 35, p. 362), reproduz a definição de Goblot no seu Tratado de Lógica: "*Une preuve est, de même, un fait purement intellectuel qui est condition suffisante d'un autre fait purement intellectuel*".

Toda cognição probatória, em qualquer área do conhecimento humano, se destina a preparar um julgamento conclusivo sobre a existência de certos fatos. São esses fatos que têm relevância para o cientista ou para o jurista, pois, enquanto não definidos, não podem eles aplicar os princípios e regras do seu saber. Talvez as únicas ciências que podem desenvolver-se sem a pré-definição de fatos sejam as matemáticas puras, a aritmética e a álgebra, compostas de conceitos inteiramente abstratos.⁴³ O julgamento, portanto, estabiliza os fatos.

Enquanto não estabilizados pelo julgamento, os fatos probandos podem ser objeto de sucessivas proposições, muitas vezes contraditórias e, portanto, permanecem como objeto de atividade probatória, ainda que sejam fatos notórios ou incontroversos.

Provas são, em primeiro lugar, os fatos probantes, os fatos representativos, ou seja os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos probandos.

Provas são também todos os meios de comunicação que transmitem os fatos probantes ou os fatos probandos ao conhecimento do julgador. Na prova judiciária, são os testemunhos, os documentos, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda que não previstos ou regulados em lei (CPC, art. 332).

Provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção.

Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidos racionalmente, com base em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções, para

⁴³ CUVILLIER, Armand. Op. cit., nota 35, p. 397-398.

influir no julgamento da existência dos fatos.

Prova é, por fim, o conclusivo acerto da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores.

7. Elemento funcional do conceito: a convicção do julgador

A convicção do julgador aparece como elemento funcional do conceito de prova em vários autores, como Mittermayer, Chiovenda, Jaime Guasp, Devis Echandia, Moacyr Amaral Santos e Moniz de Aragão.⁴⁴

Na prova judiciária, o juiz é o destinatário das provas. Todas as provas se destinam a produzir efeitos na inteligência da juiz, formando, através do raciocínio nela desenvolvido, o juízo positivo ou negativo da existência dos fatos aos quais a decisão aplicará o correspondente direito.

Ao dizer que o acerto dos fatos, a prova como resultado final de todos os elementos enumerados no item anterior, consiste na convicção ou tem como função a sua formação, como fenômeno psicológico que se passa na

⁴⁴ C.J.A.Mittermayer, p. 108: "Subjetivamente prova designa os esforços feitos pela parte para firmar a convicção no espírito do juiz, e colocá-la em estado de decidir com toda a certeza dos fatos da causa"; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed revista e aumentada. Napoli: ed. Jovene, 1923. p. 809. "Provar significa formar a convicção do juiz da existência ou inexistência dos fatos relevantes no processo"; GUASP, Jaime. Op. cit., nota 24, p. 393: "A prova é aquele conjunto de operações que tratam de obter a convicção psicológica do julgador a respeito de um dado processual determinado"; DEVIS ECHANDIA, Hernand. Op. cit., nota 29, p. 26: "Provas judiciais são o conjunto de regras que regulam a admissão, produção, assunção e valoração dos diversos meios que podem ser empregados para levar ao juiz a convicção sobre os fatos que interessam ao processo"; SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., nota 25, p. 16: "Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo"; ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 50: "O objetivo primordial do processo e obviamente da instrução probatória é convencer o julgador e para tanto pôr à sua disposição a maior quantidade possível de esclarecimentos sobre a matéria de fato".

mente do julgador, a doutrina processual está na verdade se rendendo ao relativismo da justiça do caso concreto, abandonando qualquer correspondência dos fatos do processo com a verdade objetiva e renunciando a qualquer possibilidade de equiparar a cognição judicial à que se desenvolve racionalmente em outras ciências, mesmo experimentais.

A convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva, os fatos. Essa concepção faz do juiz um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios pré-determinados de avaliação ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio, especialmente na avaliação das provas casuais ou inartificiais, como a prova testemunhal, que pode redundar e redundar em freqüentes injustiças. Por outro lado, as exclusões e regras de avaliação, muitas vezes, ao invés de coibir o arbítrio, acabam por favorecê-lo, dificultando a investigação da realidade objetiva. Ao mesmo resultado conduz a exigência de fundamentação, quando reduzida a uma simples verificação extrínseca da razoabilidade da justificativa para o acerto dos fatos.

Jaime Guasp reconhece o dilema, quando se refere a duas concepções da prova, uma material e outra formal. Na concepção material a função da prova é a demonstração da existência de um fato ou da verdade de uma afirmação. Já a concepção formal se contenta com a convicção psicológica do julgador sobre a existência dos fatos, desligada de todo intento de confirmação da realidade material. Depois de criticar os excessos da concepção formal, quando ela decai para o simples manuseio de formas lógicas, ressuscitando a nefanda idéia de uma verdade formal, parece curvar-se a ela, propondo a substituição da realidade objetiva dos fatos pela indiscutível realidade da convicção psicológica

do juiz.⁴⁵

Não disciplinada epistemologicamente, nem preocupada com a maior fidelidade possível à realidade objetiva, a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza com validade apenas no caso concreto, mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem.

Na época em que vivemos, em que a Imprensa facilmente investiga fatos com muito mais eficiência do que o Judiciário, tornou-se motivo de freqüentes reportagens sensacionalistas, com grave desprestígio para a Justiça, a revelação pública de fatos e provas de casos submetidos à Justiça em total desacordo com o acerto dos fatos gerado nos respectivos processos. Isso sem falar na perda de credibilidade que sofre a Justiça quando a sua decisão não se harmoniza com o "julgamento" da Imprensa. É claro que o problema é mais complexo e não se resume apenas à concepção funcional da prova, nem comporta tratamento adequado no âmbito deste estudo, mas serve apenas para mostrar como a convicção do juiz estreita funcionalmente a prova, gerando a falsa sensação de um acerto confiável dos fatos e de uma decisão conseqüentemente justa, que pode facilmente ser destruída.

8. Elemento funcional do conceito: a descoberta da verdade

Alguns autores que apontam a formação da convicção do juiz como a função da prova também, alternativa ou cumulativamente, lhe atribuem uma função objetiva de revelação da verdade ou da certeza dos fatos.

Assim, Mittermayer⁴⁶ se refere à prova subjetiva e

⁴⁵ GUASP, Jaime. Op. cit., nota 24, p. 392-393.

⁴⁶ MITTERMAYER, C. J. A. p. 108.

objetivamente: subjetivamente como o conjunto de esforços para firmar a convicção no espírito do juiz; objetivamente, como sinônimo de certeza, compreendendo o complexo dos motivos poderosos que fazem concluir com toda a segurança a realidade dos fatos.

Devis Echandia,⁴⁷ do mesmo modo, atribui às provas a função de levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos.

Também Moniz de Aragão⁴⁸ invoca o artigo 339 do CPC para observar que o descobrimento da verdade é objetivo precípua a ser alcançado para que se pronuncie o julgamento.

Em todos os tempos, a idéia de Justiça como objeto do Direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é. Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade.

É claro que na História da Humanidade, em muitas épocas o conceito de verdade, como *adequatio intellectus ad rem*, foi questionado pelos filósofos, ou foi considerado inacessível ou foi sobrepujado pelo Estado autoritário ou pelo positivismo, mas sempre, na teoria das provas, a verdade ou a certeza dos fatos ressurgem como uma função importante.

Jeremias Bentham, escrevendo no início do século XIX, após o impacto do racionalismo cartesiano e do idealismo kantiano, ironiza os filósofos, que duvidam da própria realidade do mundo físico, dizendo que os que os seguirem piamente correrão o risco de não se afastarem

⁴⁷ DEVIS ECHANDIA, Hermano. Op. cit., nota 29, p. 35. Moacyr Amaral Santos também se refere à prova no sentido subjetivo e no sentido objetivo, mas, quanto a este, tratando não da função de busca da verdade ou da certeza, mas dos meios da sua revelação (SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., nota 25, p. 11-15).

⁴⁸ ARAGÃO, Egas Moniz. Op. cit., nota 44, p. 53.

de um carro que avança ou de um rio à sua frente, e, assim, “destrozaréis o ahogaréis um gran filósofo.”⁴⁹

Lessona, um século após, se rende ao ceticismo na busca da verdade, aceitando pragmaticamente que o direito deve escolher entre dois males o menor, ponderando se seria mais grave e perturbador o dano derivado da desaplicação da sanção jurídica ou o decorrente da sua injusta aplicação, reconhecendo, entretanto, numa visão bastante otimista da Justiça que, em sua época, “non si è giammai così sicuri di un fatto, come quando è constatato giudiziarmente.”⁵⁰

O que é certo é que a doutrina processual da primeira metade do século XX reconhece a dificuldade de o processo revelar a verdade ou formular juízos de certeza a respeito dos fatos.

Calamandrei, que em alguns estudos se debruçou sobre o tema, apresenta conclusões bastante céticas sobre a verdade no processo. Esclarece ele que o processo, fundamentalmente baseado no princípio dispositivo, não pode chegar a formular mais do que juízos relativos e contingentes sobre os fatos, juízos esses que não podem transmitir qualquer credibilidade fora do próprio processo.⁵¹ Os instrumentos de investigação são falhos. As partes somente produzem provas de circunstâncias fáticas que a cada uma delas interessam.

Nega o Autor que a verdade possa emergir do processo, reproduzindo a frase pessimista de Voltaire: “celui qui a entendu dire la chose à douze mille témoins oculaires n’a que douze mille probabilités, égales à une forte probabilité, laquelle n’est pas égale à la certitude.”⁵² É certo, doze mil

⁴⁹ BENTHAM, Jeremias. Op. cit., nota 4, p. 28.

⁵⁰ LESSONA, Carlo. Op. cit., nota 3, p. 8.

⁵¹ CALAMANDREI, Piero. La sentenza civile come mezzo di prova. In: *Opere Giuridiche*. v. V. Napoli: Morano, 1972. p. 570.

⁵² CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. In: *Opere Giuridiche*. v. V. Napoli: Morano, 1972. p. 616. Aurelio Gentili (L’argomentazione nel discorso prescrittivo: verità e persuasione. In: Alarico Mariani Marini; *Teoria e tecnica dell’argomentazione giuridica*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 125) aduz que a própria verdade, que pode ter sentido no raciocínio jurídico, como na fixação da premissa menor do silogismo judiciário, não é um fato, mas um argumento, nesse caso, melhor do que os outros.

testemunhas poderiam representar doze mil versões dos fatos. Mas se todas, de ciência própria, relatassem os mesmos fatos, seria difícil desmentir a veracidade dos seus depoimentos.

De fato, o fiorentino, que na mocidade fora discípulo de Lessona, representa uma corrente, que vem de longe, que não atribuía qualquer relevância jurídica ao julgamento dos fatos, reavivando a noção romana de *jus litigatoris*, o direito do litigante,⁵³ que não interessa ao soberano qual seja, porque, seja qual for a decisão do juiz, não desafia a autoridade da sua lei.

A esse ceticismo respondeu superiormente o grande processualista espanhol Jaime Guasp em estudo contemporâneo à 2ª Guerra,⁵⁴ no qual, citando Chiovenda, ressaltou que a primeira operação que incumbe ao juiz não é a de convencer-se da existência ou não dos fatos trazidos pela parte, mas a de determinar até que ponto tais fatos são relevantes para construir o suporte fático da norma legal aplicável. Sustentando a prevalência, no sistema da livre convicção, de uma convicção judicial psicológica, mais do que uma convicção lógico-formal, que implica uma autêntica crença do julgador resultante de um ato de vontade, repele as idéias de justiça formal e de verdade formal: *"porque no hay más que uma Justicia como no hay más que uma Verdad."*⁵⁵

Outro autor italiano que não pode ser ignorado no trato da matéria é Michele Taruffo, já agora representativo do salto qualitativo dado pelo Direito Processual no segundo Pós-Guerra, em direção a um processo como instrumento de tutela efetiva dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, que precisa se reconciliar com a

⁵³ CALAMANDREI. *La Cassazione Civile*. v. VI. Napoli: Morano, 1976. p. 52.

⁵⁴ GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el Proceso Civil – una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Barcelona: Bosch, 1943. p. 83-101.

⁵⁵ GUASP, Jaime. Op. cit., nota 54, p.101.

verdade, porque negar a capacidade do processo de revelá-la implicaria em negar a própria possibilidade de o Estado assegurar o acesso ao direito, que decorre dos fatos.

Taruffo concorda com as críticas de Calamandrei de que no processo de tipo dispositivo as partes não têm interesse em apurar a verdade, mas em fazer prevalecer suas proposições⁵⁶ e que a quantidade de depoimentos concordantes sobre um determinado fato não é suficiente para que o juiz o considere verdadeiro ou moralmente aceitável.⁵⁷

Em penetrante análise sobre o juízo de fato,⁵⁸ Taruffo observa que este não incide sobre os fatos tal como ocorridos no mundo da natureza, mas apenas sobre enunciados a eles relativos. A aquisição das provas pelo juiz dá-se através de sucessivos episódios, que denomina de estados epistêmicos, que vão gerando fluxos de conhecimento, ora conduzindo o julgador a acreditar na ocorrência de certos fatos, ora transportando-o em contrária direção, para no final se apresentarem como peças de um verdadeiro quebra-cabeças, que precisam ser conciliadas numa reconstrução verossímil.

Por outro lado, tornou-se um lugar comum, repetido por muitos na doutrina da *civil law*, a idéia de que a cognição judicial sofre limitações decorrentes do que Chiovenda chama "a necessidade social de que o processo tenha um fim."⁵⁹ A celeridade tornou-se mais

⁵⁶ TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 9, p. 21.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*. p. 144.

⁵⁸ Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*. p. 237-266.

⁵⁹ CHIOVENDA. Op. cit., nota 44, p. 809: "*Per sè la prova della verità dei fatti non può essere limitata: ma la prova nel processo, a differenza della prova puramente logica e scientifica, subisce una prima limitazione nella necessità sociale che il processo abbia un termine: passata in giudicato la sentenza, la indagine sui fatti della causa è definitivamente preclusa; e da quel momento il diritto non si cura più della rispondenza dei fatti ritenuti dal giudice alla realtà delle cose, e la sentenza rimane come affermazione della volontà dello Stato senza che nessuna influenza conservi sul suo valore l'elemento logico da cui è sorta*".

recentemente um paradigma do processo eficiente e garantista, o que resulta numa fragilização da busca da verdade, sem falar que essa busca, como ressalta Taruffo, tem custos incompatíveis com um processo eficiente, seja quanto ao tempo exigido, seja quanto às despesas e às atividades das partes e do juiz.⁶⁰

Há os que vêm, como Ferrajoli, nesses condicionamentos uma diferença que distancia a investigação dos fatos empreendida no processo e a investigação das ciências experimentais,⁶¹ enquanto outros, como G.F. Ricci, não vêm aí um sintoma de uma diferença relevante.⁶²

Um lançar de olhos para o sistema da *common law* pode-nos esclarecer que essa limitação cognitiva, se relevante, poderia ser remediada por vários meios, entre os quais um procedimento investigatório preliminar, como a *discovery* ou *disclosure*, respectivamente do direito americano e do direito inglês.⁶³

De qualquer modo, a certeza dos fatos apurada no processo é basicamente o resultado de uma série de induções. Existem também deduções, sim, quando é possível recolher dados objetivos dos quais a ciência ou o senso comum podem extrair conclusões incontestáveis, como, por exemplo: o exame cadavérico constata irremediavelmente a morte; ou o cadáver é encontrado mesmo por um leigo em adiantado estado de putrefação.

⁶⁰ TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 56, p. 19.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione - teoria del garantismo penale*. 5ª ed. Roma-Bari: Laterza, 1998. p. 27.

⁶² FRANCO RICCI, Gian. Op. cit., nota 36, p. 1150.

⁶³ Acquire força na Europa continental a idéia de adotar um mecanismo análogo à *discovery* ou *disclosure* anglo-americana para ampliar as possibilidades probatórias das partes, protegendo-as da fugacidade e imprevisibilidade das audiências e da marcha inexorável dos atos processuais. Na Itália, o chamado projeto *Vaccarella*, atualmente em discussão, contempla essa inovação (V. DONDI, Angelo. Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma). In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LVII. Milano: Giuffrè, 2003. p. 161-174; F. RICCI, Edoardo. Verso un nuovo processo civile?. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano LVIII. Padova: CEDAM, 2003. p. 211-227).

Mas mesmo essas deduções se assentam em premissas indutivas: a constatação ter sido feita por um médico, que observou a inexistência de todos os sinais vitais ou o adiantado estado de putrefação ter sido observado por uma ou mais testemunhas idôneas. Além disso, essas deduções pressupõem que o homem tenha chegado a respeito do fato-morte ao conhecimento definitivo e presumivelmente indesmentível a respeito da inexistência dos sinais vitais ou da existência do adiantado estado de putrefação. Nesse aspecto, o método de apuração da realidade objetiva da prova judiciária não difere do seguido nas demais ciências experimentais.

Cabe considerar também que a maior parte dos fatos investigados no processo ocorreu no passado, não sendo possível realizar testes de laboratório para ratificar a sua existência. A sua prova será nesses casos necessariamente indireta: depoimentos de testemunhas, documentos, perícias descritivas de fatos ou circunstâncias que não deixaram vestígios ou cujos vestígios já desapareceram. Na avaliação dessas provas, quando contraditórias, o julgador faz muitas escolhas,⁶⁴ dando mais crédito ao depoimento deste ou daquele, por exemplo. Essas escolhas, embora racionais, são também indutivas, baseadas fundamentalmente nas máximas da experiência e no senso comum.

O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática capenga, incompleta, impedindo o cidadão de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a

⁶⁴ V. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 61, p. 11.

ocorrência dos fatos dos quais eles se originam. Ferrajoli qualifica a garantia jurisdicional como o direito a um julgamento conforme à verdade jurídica e fática.⁶⁵ Mas a verdade não compõe apenas essa garantia. É também pressuposto da justiça das decisões judiciais e, como tal, da própria legitimidade política do Judiciário, como guardião da ordem jurídica e dos direitos dos cidadãos, e limite intransponível ao arbítrio. Por isso Taruffo a qualifica como um dos escopos institucionais do processo.⁶⁶

Se a verdade no processo tem essa relevância humanitária e política, ela não pode ser uma outra verdade senão aquela que resulta do mais qualificado método de investigação acessível ao conhecimento humano, em qualquer área do saber. A concepção de Calamandrei de que o acerto dos fatos no processo é insignificante para o Direito, que pode contentar-se com uma investigação fática hermética, submetida a regras próprias, incompatíveis com as das outras ciências empíricas, com uma verdade “jurídica” que não passa de uma ficção de certeza, uma sombra da verdade objetiva, porque os juízos fáticos no processo não são mais do que probabilidades ou verossimilhanças, não mais satisfaz às exigências do Estado Democrático de Direito.

Dois claros sintomas do relevo que a questão de fato passa a ter como garantia da eficácia da própria lei podem ser apontados mesmo em seara alheia ao direito probatório: o primeiro é o reconhecimento, no controle concentrado de constitucionalidade, de que é preciso investigar os fatos a que a lei se aplica para examinar a sua própria constitucionalidade, como se verifica explicitamente na jurisprudência da Corte Constitucional italiana e implicitamente na do Conselho Constitucional francês, conforme relato de Pardini;⁶⁷ o segundo é a

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 61, p. 43.

⁶⁶ V. TARUFFO, Michele. Op. cit., pág.144; também citado por Gian Franco Ricci, Op. cit., nota 36, p. 1141.

⁶⁷ PARDINI, Jean-Jacques, *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix, 2001. p. 79 e ss.

evolução da jurisprudência do Bundesgerichtshof alemão e do Conselho de Estado francês, no sentido de admitir o reexame do julgamento dos fatos na instância extraordinária da revisão ou da cassação em razão da inconsistência da sua fundamentação ou do desvirtuamento dos fatos ou de peças do processo.⁶⁸

Para concretizar o ideal da descoberta da verdade objetiva, que não pode ser apenas uma utopia, impõe-se ao jurista debruçar-se com alguma atenção sobre a questão epistemológica da verdade, não a verdade metafísica dos conceitos abstratos ou da fé, mas a verdade acessível ao conhecimento racional a respeito dos fatos do mundo em que o ser humano vive e age. Essa verdade, em grande parte, é objeto do conhecimento alcançado em outras ciências, como a biologia, a física, a química e tantas outras especialidades, muitas vezes resultante de experimentações, estimativas probabilísticas de base estatística, inferências, escolhas e valorações humanas.

O conhecimento atingido por essas ciências está em constante aperfeiçoamento e superação, o que torna a verdade científica relativa e contingente.⁶⁹ Um dos maiores filósofos do século XX, Karl Popper, chegou a dizer que “o que prova que uma teoria é científica é que ela é falível,” ou que é possível provar a falsidade, não a verdade de uma teoria científica,⁷⁰ idéia, aliás, de certo modo também exteriorizada por Carnelutti, para quem o processo talvez não seja mais do que um sistema de precauções contra o erro.⁷¹

⁶⁸ FERRAND, Frédérique. *Cassation française et Révision allemande*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. p. 101-103; CASSIA, Paul. *Les référés administratifs d'urgence*. L.G.D.J., 2003. p.169-172.

⁶⁹ V. FERRAJOLI. Op. cit., nota 61, p. 23; TOURNIER, Clara. Op. cit., nota 16, p. 103; KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. The University of Chicago Press, 1996; FEYERABEND, Paul. *Against Method*, London-New York: Verso, 2000; SUDATTI, Ariani Bueno. *Raciocínio Jurídico e Nova Retórica*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 43-45.

⁷⁰ V. TOURNIER, Clara. Op. cit., nota 16, p. 21 e 136.

⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., nota 10, p. XVIII.

Será que a contingência do conhecimento científico deveria levar o jurista a contentar-se com a idéia de certeza em lugar da idéia de verdade?

Na doutrina jurídica com freqüência se encontra a apresentação da obtenção da certeza dos fatos como a função da prova. Assim, em Mittermayer⁷² a prova é definida como o complexo dos motivos produtores da certeza. Ora, a idéia de certeza é restritiva em relação à de verdade, porque pode representar apenas um juízo subjetivo meramente resultante de uma persuasão retórica, ou até mesmo um juízo formal induzido por prescrições legais inteiramente distanciadas de qualquer fundamentação científica.

Penso que não. A verdade, com os significados garantístico e político acima mencionados, tem de ser objetivamente controlável e controlada,⁷³ para aproximar o processo da justiça, tendendo à reconstrução mais fiel possível dos fatos da causa.⁷⁴ Para isso, o método da prova judiciária não pode diferir substancialmente do método de investigação das ciências experimentais, adotando critérios lógico-rationais comuns a essas ciências.

Como diz Taruffo, a busca da verdade é teoricamente possível e ideologicamente oportuna e até necessária, para que o processo seja o meio de produzir decisões justas.⁷⁵

Daí resulta que o discurso justificativo das decisões sobre os fatos deve ter por função a demonstração lógico-rationa da correspondência das afirmações aos fatos do mundo real,⁷⁶ com o emprego dos mesmos métodos e critérios das ciências correspondentes, quando for o caso.⁷⁷

⁷² MITTERMAYER, p. 104.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 61, p. 17-18.

⁷⁴ FRANCO RICCI, Gian. Op. cit., nota 36, p. 1141-1142. No mesmo sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho – bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 45.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 9, p. 42.

⁷⁶ A importância da reabilitação da definição da verdade como correspondência das asserções aos fatos, atribuída a Alfred Tarski, é ressaltada por Taruffo (Op. cit., p. 145). KIRKHAM, Richard L. *Theories of truth – a critical introduction*. 4ª ed. Massachusetts, Cambridge: MIT Press, 1997. p. 141-174.

⁷⁷ LOMBARDO, Luigi. Op. cit., nota 13, p. 16; FRANCO RICCI, Gian. Op. cit., nota 36, p. 1138.

Isso não significa transformar o processo numa busca interminável da verdade absoluta, pois, mesmo a investigação científica está sujeita a imposições temporais, como as decorrentes da necessidade premente de utilização dos seus resultados ou de exigências dos agentes financiadores.

O fundamental é que as normas jurídicas relativas à produção das provas não podem constituir obstáculos que dificultem a reconstrução objetiva dos fatos. Para que a celeridade não constitua um obstáculo, certamente o processo deverá ser aperfeiçoado, através de técnicas mais apropriadas de antecipação da atividade probatória.

O próprio conhecimento científico precisa ser controlado, isto é, o discurso justificativo que o invoca não pode aceitar as suas conclusões por simples argumento de autoridade, mas precisa descer à observação e análise da correção e consistência científicas. Um passo importante nesse sentido foi dado pela Corte Suprema dos Estados Unidos nos casos Daubert (1993) e Khumo (1999), estabelecendo critérios de avaliação da prova pericial, para refugar a indevida utilização da falsa ciência (*junk science*) e aferir a credibilidade dessa prova.⁷⁸

9. Objeto da prova: fatos probandos, fatos probantes ou proposições fáticas

Uma rigorosa compreensão do conceito de prova exige que se defina o objeto da prova: o que se prova. A resposta corriqueira é a de que o objeto da prova são os fatos relevantes e controvertidos. Mas quais são os fatos relevantes? E será que os fatos incontroversos não são objeto de prova?

Os fatos relevantes são basicamente aqueles dos

⁷⁸ V. TARUFFO, Michele. Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*. p. 342-343. V. adiante nota 106.

quais as partes podem extrair conseqüências jurídicas favoráveis às suas pretensões,⁷⁹ os fatos jurídicos, os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos daquele direito, para o réu. Esses são os fatos que devem resultar provados ou que às partes interessa que fiquem provados, os fatos probandos, que, em geral, são apontados como o objeto da prova.⁸⁰

Mas raramente a cognição do juiz se exerce diretamente sobre os próprio fatos jurídicos, o que ocorre apenas através das chamadas provas diretas, como a inspeção judicial. Em geral, a existência dos fatos jurídicos é transmitida ao juiz através do conhecimento direto de outros fatos, como, por exemplo, o depoimento da testemunha que declara que esteve presente no local em que ocorreu um fato jurídico e descreve a percepção sensorial que conserva em sua memória. Para aceitar como verdadeiro o fato probando, o juiz terá primeiramente que examinar e avaliar o fato probante, o depoimento da testemunha.

Com freqüência são múltiplos, convergentes ou divergentes, os fatos probantes do mesmo fato probando. Outras vezes, há uma cadeia sucessiva de fatos probantes até chegar ao fato probando. Talvez por isso, com freqüência a doutrina se refere ao objeto da prova como o fato probante ou, pelo menos, inclui no rol dos fatos relevantes também os fatos probantes.

Assim, Bentham⁸¹ afirma que, em sentido amplo, prova é um fato supostamente verdadeiro, que se presume que deva servir de motivo de credibilidade sobre a existência ou a inexistência de outro fato. Moacyr Amaral Santos, no

⁷⁹ Aqui me refiro tanto às pretensões de direito material, quanto às de direito processual, como a concorrência dos pressupostos processuais e condições da ação.

⁸⁰ V. CARNELUTTI, Francesco. Op. cit. nota 10, p. 44; BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*. 2ª ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003. p. 44-51; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. cit., nota 32, p. 333-339.

⁸¹ BENTHAM, Jeremias. Op. cit., nota 4, p. 15.

seu conceito de prova já anteriormente reproduzido, aponta como seu objeto todos os fatos produtores da convicção do juiz, o que abrange tanto os fatos probandos quanto os probantes. Daí a importância que as inferências, as induções apresentam na avaliação das provas e a dificuldade de objetivamente pré-estabelecer, quando se oferece mais de uma escolha possível, qual delas conduz a uma conclusão mais próxima da verdade.

Mas é importante precisar que, quando se fala em fato probando ou fato jurígeno como objeto de prova, essas expressões não se referem a esse fato por inteiro, com todas as circunstâncias espacio-temporais da sua ocorrência histórica, mas apenas aos aspectos ou circunstâncias desse fato que têm relevância jurídica, dos quais as partes podem extrair algum direito relevante. Pouco ou nada adianta o depoimento de uma testemunha que descreva minuciosamente todo o cenário de um crime de lesão corporal, mas que nada seja capaz de dizer sobre a ação do acusado que agrediu a integridade física da vítima.

Carnelutti, no Sistema, ressalta que prova é o procedimento ou conhecimento dirigido à verificação de um juízo, de uma afirmação, não de um fato.⁸² Giovanni Verde, por sua vez, se refere a duas espécies de proposições probatórias: proposições que têm por objeto os fatos probandos e proposições sobre os fatos probantes, que se destinam a confirmar as primeiras.⁸³ Taruffo relata que o juízo de fato verte sobre enunciados, porque é impossível separar o fato do direito e é o direito que determina o que no processo constitui fato relevante.⁸⁴

De fato, quando nos referimos a proposições ou a enunciados como objeto de prova, também é preciso

⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: UTEHA, 1944. v. II. p. 398.

⁸³ VERDE, Giovanni. Op. cit., nota 18, p. 582-587.

⁸⁴ TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 58, p. 237. Idem; Op. cit., nota 9, p. 67 e ss.; Idem; *Il giudice e la rule of law*. In: *Sui confini*. p. 178.

esclarecer em que sentido usamos essas palavras. Não nos referimos à história, à versão, à narrativa que cada uma das partes relata e que pode ser justificada por quaisquer fatos, mas a circunstâncias juridicamente relevantes de fatos determinados, que, em certos casos, podem ser complexos, resultando da prova de uma pluralidade de eventos.

Quanto aos fatos incontroversos, aos quais poderiam ser assemelhados os notórios, os confessados, os acobertados por uma presunção legal, apesar da dicção do art. 334 do nosso Código de Processo Civil, seguem integrando o objeto da prova. Isso resulta não apenas de um fundamento formal, o de que a sua prova seria a presunção legal de veracidade, mas de uma razão mais forte, o próprio direito à verdade. Esses fatos devem estar em consonância com as máximas da experiência, o senso comum, os demais fatos apurados e provas produzidas, devendo o juiz verificar a ocorrência dessa compatibilidade, o que constitui atividade probatória de cognição fática e argumentação.

10. A prova como sistema normativo

Freqüentemente a prova é definida como um sistema normativo, como um conjunto articulado de princípios e de regras jurídicas. Assim é em Carnelutti⁸⁵ e em Devis Echandia,⁸⁶ por exemplo.

Foi a Idade Média que traçou as linhas mestras de um sistema normativo de provas, embora Giuliani observe que o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano já contivesse os germes dos dois sistemas de provas legais: a) o continental, como um sistema de avaliação

⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., nota 10, p. 41.

⁸⁶ DEVIS ECHANDIA. Hernand. Op. cit., nota 29, p. 26.

preventiva das provas por parte do legislador; b) o do direito anglo-saxão, como um sistema de limites e proibições à admissibilidade das provas.⁸⁷

Os juízes haviam se tornado profissionais, não sendo mais ungidos pelo juramento. A Igreja triunfava com todo o seu poder temporal. Era preciso controlar o arbítrio judicial.⁸⁸

Com as provas legais, a prova judiciária se afastou das suas origens lógico-rationais, pretendendo criar uma lógica própria, imposta ao juiz pelo legislador ou pelo soberano.

Os sistemas normativos possuíam as seguintes características: 1) estipulavam rigorosamente os meios de prova admissíveis; 2) disciplinavam em pormenores o procedimento probatório; 3) estabeleciam exclusões probatórias de meios ou de pessoas; 4) obrigavam o juiz a dar a cada prova o valor pré-determinado na lei; 5) proibiam o juiz de considerar provados os fatos por provas diversas das especificamente previstas em lei.

As provas legais entraram em crise no Renascimento que, provocando uma restauração da Antiguidade, voltou a prestigiar a retórica. Em 1667, uma *ordonnance* de Luís XIV cria a livre convicção, como um instrumento de liberalização, apesar de moldada no juiz burocrático da época.⁸⁹

Ao contrário do que comumente se apregoa, o sistema normativo da livre convicção continuou apegado a quase todas as características do anterior. Os meios de prova continuaram a ser exclusivamente os previstos em lei. No Brasil, esse regime perdurou até o Código de 39, que no artigo 208 admitia “todas as espécies de provas reconhecidas nas leis civis e comerciais”. Essa rigidez,

⁸⁷ GIULIANI, Alessandro. Op. cit., nota, 2, p. 110-111.

⁸⁸ GIULIANI, Alessandro. Op. cit., nota, 2 p. 236 e ss; TOURNIER, Clara. Op. cit., nota 16, p. 75.

⁸⁹ GIULIANI, Alessandro. Op. cit., nota, 22, p. 543; TOURNIER, Clara. Op. cit., nota 16, p. 37-38.

embora abandonada pelo artigo 332 do Código de Processo Civil de 1.973, teve ainda reafirmação recente no novo Código Civil que, no art. 212, se refere apenas à confissão, aos documentos, às testemunhas, às perícias e às presunções, como meios de prova.

O procedimento probatório seguiu inteiramente regulado na lei. As exclusões probatórias também sobreviveram. Quanto às valorações pré-estabelecidas e à vinculação de certos fatos a determinadas provas, se deixaram de constituir a regra geral, subsistiram em muitos casos sem que a sua compatibilidade com a busca da verdade tivesse sido questionada.

O livre convencimento passou a ter como únicos freios ao arbítrio a motivação da decisão e a sua adstrição às provas constantes dos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), conforme o art. 331 do nosso CPC. Mas, por outro lado, como ressalta Calamandrei, o juiz também não é livre para avaliar as provas de acordo com a sua consciência de crítico, porque em alguns casos a lei obriga o juiz a seguir cegamente o resultado de um meio de prova, mesmo que convencido de que não corresponde à verdade.⁹⁰

Assim, uma concepção positivista do sistema normativo do livre convencimento artificializa a investigação dos fatos, distanciando-a dos métodos e regras de outras áreas de conhecimento ou de experiência, e, desse modo, dificulta a busca da verdade e favorece decisões arbitrárias.⁹¹

Por isso, um moderno sistema normativo há de ser um sistema aberto ao intercâmbio com todas as áreas do conhecimento humano, em que as limitações probatórias sejam apenas aquelas impostas por imperativos éticos ou humanitários, e em que o livre convencimento se

⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. I. p. 400.

⁹¹ V. TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 9, p. 317.

desenvolva através de critérios objetivos e racionais, capazes de assegurar a confiabilidade do resultado como o mais próximo possível da verdade.⁹²

11. A prova como argumento: o raciocínio jurídico

A noção da prova como argumento nasce no direito grego, influenciado pela retórica aristotélica. No Direito Romano, segundo a investigação de Pugliese, a partir do século Iº de nossa era, começa a ser abandonado o sistema de provas irracionais e adotado o raciocínio lógico de base intuitiva e axiológica, consagrado na definição de Cícero de *argumentum* como *ratio quae dubiae faciat fidem*, razão que dissipa a dúvida.

O argumento era um momento de persuasão, revelador da razão prática, opinativa, em oposição ao raciocínio científico, tipicamente demonstrativo. A razão prática era fundamentalmente intuitiva, baseada no senso comum e nas noções imanentes de justo e injusto. A razão prática gerava um juízo de probabilidade de base valorativa, que podia ser desmentido por prova em contrário.⁹³

Lombardo relata que o que conta não é o dado empírico, mas o raciocínio. O juiz, para escolher entre as afirmações fáticas contrapostas das partes, adota como critério de orientação uma idéia do normal eticamente comprometida, adquirida no senso comum, na credibilidade entendida *erga omnes*.⁹⁴ O normal não corresponde ao *id quod plerumque accidit*, mas ao que é eticamente preferível, definido através do consenso, o que erige a presunção, como prova lógica, à principal prova, mais importante do que a reconstrução histórica dos fatos.⁹⁵

⁹² V. FRANCO RICCI, Gian. Op. cit., nota 36, p. 1162.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi, Op. cit., nota 61, p. 116; GIULIANI. Op. cit., nota 2, p. 95 e 104; Idem, Op. cit., nota 14, p.17 e 24; Idem, Op. cit., nota 22, p. 524-525.

⁹⁴ LOMBARDO, Luigi. Op. cit., nota 13, p. 8-9.

⁹⁵ GIULIANI. Op. cit., nota 2, p. 231.

A partir do século XIII, a idéia de provável começa a adquirir objetividade, como *id quod plerumque accidit*, exigindo a sua expressão em regras rígidas de avaliação das provas, para impedir decisões arbitrárias e subjetivas.⁹⁶ Nessa época, também, começa a decair o prestígio da prova testemunhal e das presunções humanas, prevalecendo uma concepção técnico-jurídica da prova.⁹⁷

No século XVII, a partir de 1667 na França, emerge a livre convicção como reação ao sistema das provas legais do Ancien Régime e, portanto, um instrumento de liberalização. É interessante observar que o sistema das provas legais e o da livre convicção nasceram como reações na luta contra o arbítrio: o primeiro, na luta contra o arbítrio judicial; o segundo, na luta contra o arbítrio do soberano, porque nesse sistema a avaliação das provas em grande parte foi excluída da esfera de incidência de normas jurídicas.⁹⁸

Legros e Levasseur, o primeiro citando Donnedieu de Vabres, atribuem ao advento da livre convicção uma inspiração sentimental, intuitiva e humanitária.⁹⁹ O seu grande perigo foi e continua a ser o espaço de aparentemente incontrollável arbítrio judicial que introduziu no sistema probatório, tanto mais nefasto quanto mais impessoal e técnica é a forma de investidura do juiz profissional.¹⁰⁰ É difícil disciplinar por regras jurídicas o juízo fático no sistema da livre convicção, pois incalculáveis são as escolhas que o juiz deve fazer, estando sempre presente o risco do arbítrio.

A insegurança jurídica que daí resulta não é mais aceitável num Estado de Direito e a primeira opção para

⁹⁶ Idem, p. 233.

⁹⁷ Idem, p. 245.

⁹⁸ TOURNIER, Clara. Op. cit., nota 16, p. 37-38; TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 9, p. 2.

⁹⁹ LEGROS, R. *La preuve légale en droit pénal*; e LEVASSEUR, G. *Le droit de la preuve en droit pénal français*. In: *La preuve en droit*, p. 173 e 181.

¹⁰⁰ Sobre a transformação do livre convencimento em arbítrio, V. FERRAJOLI, Op. cit., nota 61, p. 118; FRANCO RICCI, Gian. Op. cit., nota 36, p. 1134.

evitá-la é a construção de um sistema normativo de regras que o juiz deve obedecer, e cuja aplicação deve justificar, na admissão e avaliação das provas. São as regras que estabelecem as presunções legais, a força probante de cada meio de prova, as hipóteses em que certas provas não são admissíveis e aquelas em que somente elas são admissíveis e a distribuição do ônus da prova. No Direito brasileiro essas regras estão abundantemente enunciadas no Código de Processo Civil e no novo Código Civil, assim como de modo esparso em leis especiais como o Código do Consumidor, instituindo um verdadeiro sistema de raciocínio jurídico no julgamento dos fatos.

O raciocínio jurídico é um método burocrático e redutor de investigação dos fatos, autêntico retrocesso ao sistema das provas legais, que se contenta com uma verdade meramente formal. Reduz-se a complexidade probatória à delimitação do campo de incidência das normas legais e as dúvidas são resolvidas pelas presunções ou pelas regras que distribuem o ônus da prova. Na esfera em que a avaliação das provas escapa à rigidez normativa, como no julgamento da credibilidade dos depoimentos de testemunhas, grassa o mais puro arbítrio. E nas hipóteses em que os fatos juridicamente relevantes dependem de informações ou opiniões técnico-científicas, o juiz importa acriticamente o conhecimento que lhe é revelado por um ou mais profissionais presumivelmente habilitados, sem qualquer avaliação intrínseca da sua veracidade.

Lombardo manifesta que essa é uma concepção mecanicista do raciocínio do juiz em matéria de fato, consagrada pelo processo liberal, que se contenta com um controle extrínseco do raciocínio jurídico através das exigências de fundamentação e de adstrição às provas dos autos, apenas para garantir uma certa previsibilidade dos juízos de fato.¹⁰¹

¹⁰¹ LOMBARDO, Luigi. Op. cit., nota 13, p. 18-26. São partidários dessa concepção, entre outros, Juan Montero Aroca (*La prueba en el proceso civil*, p. 36), Henri Rolin (Op. cit., nota 26, p. 257) e Jerzy Wróblewski. (Op. cit., nota 9, p. 339).

Evolução importante na racionalização da fundamentação jurídica da apreciação dos fatos foi dada pela propriamente chamada teoria da argumentação ou nova retórica, liderada por Chaïm Perelman. Para essa escola a fundamentação das decisões judiciais deve sempre ser o resultado de um discurso que busca a adesão de um auditório a determinadas teses, sendo essencial a existência de condições psíquicas e sociais para um contato intelectual do qual resulte o consenso, fundado em uma efetiva comunhão espiritual. A decisão não pode ser o fruto do arbítrio ou da convicção de uma só pessoa. É indispensável o contacto das mentes. É preciso que a argumentação dirigida a um auditório universal persuada o leitor das razões apresentadas.¹⁰² Daí a importância do contraditório, pois todo juízo que se baseia sobre afirmações unilaterais enseja a manipulação dos fatos. Não é a exatidão matemática de uma lógica formal, nem argumentações mecânicas ou coercivas que vão constituir critério de julgamento dos fatos, mas uma adesão valorativa fundada numa universalidade espiritual e garantida pela solidariedade e pela responsabilidade dos homens participantes.¹⁰³

Essa busca do consenso, como solução para o desacordo entre as posições antagônicas das partes, relativiza o raciocínio jurídico, dificultando a sua aplicação fora do caso concreto,¹⁰⁴ salvo através da regra de justiça, que exige tratar igualmente os iguais,¹⁰⁵ afastando-o, assim, do raciocínio científico.

Taruffo observa que na retórica, assim como na semiótica, importante corrente da lógica moderna que

¹⁰² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Op. cit., nota 31, p. 15-37; GIULIANI, Alessandro. Op. cit., nota 14, p. 22.

¹⁰³ PERELMAN, Chaïm. Evidência e prova. In: *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 165.

¹⁰⁴ V. MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 139-140.

¹⁰⁵ PERELMAN, Chaïm. Opiniões e verdade. In: *Retóricas*. p. 367.

procura reduzir o raciocínio jurídico a modelos lingüísticos, a verdade dos fatos é irrelevante. A concepção retórica, na melhor das hipóteses, colhe e descreve um aspecto do mundo em que o advogado emprega a prova no processo, mas nada explica sobre o modo como o juiz utiliza a prova como base de acerto dos fatos, incorrendo, assim, numa generalização indevida. A persuasão é um fato empírico, enquanto a teoria da prova é prescritiva, quanto aos critérios de aceitação e validade do raciocínio, com o qual o juiz acerta os fatos baseado nas provas.¹⁰⁶

No Estado Democrático de Direito, em que as posições jurídicas de vantagem devem ser claramente exercitáveis e sujeitar-se ao crivo apenas de processos de avaliação racionais, objetivos e transparentes,¹⁰⁷ a concepção meramente persuasiva do argumento probatório não satisfaz, por várias razões.

Se é certo que no julgamento dos fatos o juiz não pode ser simplesmente o revelador da sua própria convicção, porque ele não atua como um particular, mas como um órgão do Estado, no interesse de toda a coletividade, é ingênuo supor que o consenso seja suficiente para assegurar uma decisão próxima da verdade. A aceitação social da justiça da decisão pode valorizar o juiz, conferir-lhe credibilidade e legitimidade, mas não justifica racionalmente a decisão. As palavras de Voltaire, anteriormente citadas, exprimem com acerto essa situação.

Mas seria ainda mais ingênuo supor que numa sociedade heterogênea como a brasileira, tão tragicamente dividida em classes, existisse algum auditório universal apto a manifestar um consenso.

É certo que o simples raciocínio dedutivo é insuficiente para aferir a veracidade de muitos fatos. Mas

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 9, p. 28, 31, 328 e 329.

¹⁰⁷ V. JASANOFF, Sheila. *La scienza davanti ai giudici*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 19.

onde for necessário recorrer ao raciocínio indutivo, ele deve cercar-se das mesmas precauções das ciências experimentais na busca da mais completa e objetiva verdade possível, através do desenvolvimento objetivo de um mecanismo inferencial cujo resultado respeite os princípios da lógica.¹⁰⁸

A limitação temporal imposta ao juiz não pode constituir um obstáculo à busca da verdade. O sistema jurídico deve dispor de meios para sempre fazer prevalecer a verdade, salvo quando a dignidade humana exigir solução diversa.

O conhecimento humano é capaz de revelar com segurança a veracidade de muitos fatos com base na evidência, sem necessidade de recurso à retórica. De outros, o saber humano não é capaz de atestar a existência e também não será a retórica que poderá suprir essa impossibilidade. A dúvida insuperável não pode ser transformada em verdade simplesmente pelo consenso.

Muitas vezes o direito pode extrair da dúvida a conclusão que lhe parece mais justa (por exemplo, in dubio pro reo, no processo penal), porque está a ponto de aplicar uma sanção de tal gravidade, que apenas a certeza de certos fatos pode justificá-la. O que ele não pode é transformar a dúvida em verdade, porque se somente determinados fatos dão a origem a determinados direitos, estes devem decorrer de um juízo racionalmente consistente de que aqueles são verdadeiros.

Como esclarece G.F. Ricci, a função demonstrativa da prova judiciária resulta também da reflexão sobre o seu real escopo que, não obstante tudo o que foi dito em contrário, aparece como sendo o de declaração da verdade dos fatos.¹⁰⁹

¹⁰⁸ FRANCO RICCI, Gian. Op. cit., nota 36, p. 1162.

¹⁰⁹ Idem, p. 1138. Sobre o caráter demonstrativo da prova também no processo penal, V. SAMMARCO, Angelo Alessandro. *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2001.

O manejo garantístico do livre convencimento somente é possível se ele se apóia em regras racionais de avaliação das provas, extraídas da epistemologia, da lógica, da psicologia e das outras ciências capazes de revelar a verdade fática, portanto, recorrendo a métodos extra-jurídicos. Esse é o único meio de fazer do processo um instrumento de apuração da verdade apto a concretizar a sua finalidade de garantia da eficácia dos direitos dos cidadãos.

Por isso, o argumento probatório cada vez mais se assenta na lógica e na metodologia das ciências e cada vez mais o juiz precisa expandir os seus conhecimentos para além das fronteiras do Direito, em busca de solidez para a verdade fática por ele investigada.

12. Verdade, racionalidade e sistema probatório

A conceituação da prova como um instrumento de busca da verdade, como meio de acesso à tutela jurisdicional efetiva dos direitos, impõe necessariamente uma ampla revisão de todo o sistema normativo probatório, que este breve estudo não comporta, pois ela abrangeria uma série de institutos cujo conteúdo se consolidou no curso no tempo e que dificultam o acesso à verdade, impondo ainda o exame de polêmicas e incertezas sobre a confiabilidade do conhecimento existentes em outras áreas do saber humano.

Assim, por exemplo, quando se diz que a verdade do processo deve ser a mesma verdade da ciência, a mais próxima possível da verdade objetiva, não se deve alimentar a ilusão de que a verdade científica seja absoluta. Todo conhecimento humano racional pode ser racionalmente contestado e está sujeito a ser desmentido e, por isso, corrente expressiva da moderna filosofia da ciência, encabeçada por Popper, considera que as únicas certezas definitivamente demonstráveis são os erros de

uma hipótese explicativa. Comprova-se o erro, não se comprovam os acertos. Ademais, em muitas áreas das ciências, os mesmos fenômenos são explicados de formas diversas, dividindo-se os cientistas em correntes de pensamento e escolas divergentes ou antagônicas.¹¹⁰

Isso não diminui a importância do recurso à ciência, mas evidencia apenas que o juiz deve ter plena consciência do que é universal e do que é simplesmente contingente na própria ciência, para fazer uso do conhecimento que efetivamente o aproxima o mais possível da verdade objetiva. Para esse fim, o juiz deve ter meios de aferir a validade científica da prova pericial e não simplesmente aceitá-la pela autoridade do perito e pela confiança que nele deposita. Nos últimos anos, essa tem sido uma constante preocupação da doutrina e da jurisprudência americanas, especialmente após alguns julgados nesse sentido da própria Corte Suprema, como nos casos *Daubert* (1993) e *Kumho* (1999).¹¹¹

¹¹⁰ V. nota 70.

¹¹¹ As repercussões dessas decisões da Suprema Corte são bem analisadas nos estudos de Margaret A. Berger ("Upsetting the Balance Between Adverse Interests: The Impact of the Supreme Court's Trilogy on Expert Testimony in Toxic Tort Litigation"), Jan Beyea e Daniel Berger ("Scientific Misconceptions Among *Daubert* Gatekeepers: The Need for Reform of Expert Review Procedures") e Joseph Sanders ("*Kumho* and How We Know"), publicados sob o título "Complex litigation at the millennium" no v. 64, 2001, da revista *Law and Contemporary Problems* da School of Law da Duke University, Durham, North Carolina. FRANCO RICCI, Gian. Op. cit., nota 36, p. 1159, assim sintetiza as conclusões da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Daubert*: a) que o procedimento usado tenha o reconhecimento da comunidade científica; b) que tal reconhecimento seja comprovado pela publicação em revistas especializadas que assegurem o seu efetivo controle por outros peritos (*peer review*); c) que seja possível submeter a verificação o método utilizado (*testability*); d) que seja definida a margem de erro do método empregado (*rate of error*). Com frequência, a tomada de posição da Suprema Corte é associada à veiculação como científicas de opiniões e provas sem nenhuma credibilidade no meio acadêmico, a chamada *junk science* (V. TARUFFO. Op. cit., nota 78, p. 343). É importante, por outro lado, utilizar corretamente os métodos científicos, não superestimando os métodos quantitativos, como os cálculos estatísticos de base matemática (Op. cit., nota 9, p. 309). Luigi Lombardo (Prova científica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LVII. Padova: CEDAM, 2002. p. 1083-1122) defende o fortalecimento do contraditório na produção da prova pericial como meio adequado a fornecer ao juiz os elementos necessários à avaliação da credibilidade científica das suas conclusões.

Também é preciso equacionar de que modo a busca da verdade objetiva pode conciliar-se com o respeito ao princípio dispositivo, que reserva às partes a iniciativa em matéria de fatos e provas. As partes somente alegam os fatos ou as circunstâncias fáticas que podem favorecer as suas pretensões, propondo apenas aquelas provas que lhes parecem úteis a demonstrar esses fatos. A inércia do juiz pode representar renúncia à verdade objetiva ou aceitação de uma simples verdade formal inter partes.

Nas causas que versam sobre direitos disponíveis, o respeito ao princípio dispositivo é regra salutar que protege a imparcialidade do juiz, todavia não é regra absoluta, pois o juiz deve abandoná-lo e tomar a iniciativa de produzir provas sempre que for necessário assegurar in concreto a paridade de armas, assim como evitar que as partes se distanciem da verdade objetiva.

Taruffo observa que é comum associar a busca da verdade ao modelo do processo inquisitório, autoritário; entretanto, não considera segura a incompatibilidade entre o processo dispositivo e a busca da verdade. Basta, diz ele, imaginar um processo dispositivo sem limites à admissão de provas e sem regras de provas legais, mas com incentivos para que as partes empreguem todas as provas disponíveis, para ter-se um processo não inquisitório, mas dirigido à busca da verdade, o que demonstra que esta não está condicionada pela natureza disponível ou indisponível do direito material.¹¹²

As tradicionais regras de distribuição do ônus da prova também podem facilitar o desinteresse na busca da verdade, pois, afinal, a balança penderá inexoravelmente para um dos lados. É claro que tais regras devem existir, como reflexo do dever de colaboração das partes na administração da justiça, mas a elas não deve o juiz curvar-se se estiver certo de que a inércia da parte se deveu à desigualdade de meios de defesa ou à dificuldade de

¹¹² TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 78, p. 21-25.

acesso às provas.¹¹³ Nesses casos, o juiz, na busca da verdade e para assegurar a paridade de armas, deve inverter o ônus da prova ou determinar de ofício a produção das provas que forem necessárias.

Os resíduos de provas legais, as limitações probatórias,¹¹⁴ as presunções legais¹¹⁵ e simples, as preclusões¹¹⁶ também precisam ser compatibilizados com a busca da verdade. As máximas da experiência, como juízos baseados na observação do que comumente acontece e consolidados no patrimônio cultural comum da sociedade,¹¹⁷ e o chamado senso comum, como conjunto de noções universalmente aceitas na sociedade como verdadeiras,¹¹⁸ precisam encontrar o seu espaço

¹¹³ Calamandrei chegou a qualificar de instrumento grosseiro as regras sobre o ônus da prova. Op. cit., nota 90, p. 401.

¹¹⁴ VERDE, Giovanni. (Op. cit., nota 18, p. 592) assinala que recentemente se desenvolveu a idéia de que deva ser banida de nosso sistema qualquer regra probatória que constitua uma proibição, um limite de admissibilidade, uma impossibilidade de dedução ou de contradedução ou um vínculo na avaliação judicial da prova. V. também sobre os resíduos de provas legais e as regras de exclusão probatória. FRANCO RICCI, Gian. Op. cit., nota 36, p. 1148-1149.

¹¹⁵ Para Clara Tournier (*L'intime conviction du juge*, p. 103), as presunções legais são um mero conselho de prudência dirigido ao magistrado.

¹¹⁶ No seu excelente estudo sobre Preclusão (Processo Civil). In: *Saneamento do processo - estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989, p. 154. Egas Moniz de Aragão assinala a reduzida rigidez da fase instrutória do processo que, embora se desenvolva desde o saneamento até os debates orais em audiência, não exclui a a produção de provas antecipadas, nem limita o juiz, que a qualquer momento pode fazer uso dos poderes que lhe confere o art. 130 do CPC. Análise mais detida mereceria o seu comentário sobre a impossibilidade de produção de provas em segundo grau de jurisdição (p. 155), reputando de reduzida utilidade o artigo 517 do CPC, como consequência do regime vigente no Brasil de reexame recursal apenas da sentença, excluída qualquer renovação ou complementação da instrução probatória.

¹¹⁷ LOMBARDO, Op. cit., nota 13, p. 153.

¹¹⁸ TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. In: *Sui confini*. p. 314. Muitas vezes o senso comum tem de ser abandonado, por sua incompatibilidade com a ciência ou pelos erros evidentes na sua formulação (V. TARUFFO, Op. cit., nota 78, p. 342; Idem, Op. cit., nota 9, p. 308). O senso comum também é de difícil aplicação no conflito entre noções locais e universais, nas sociedades multiculturais e nas sociedades heterogêneas por diversidades de costumes e de classes (V. TARUFFO, Op.cit., nota 57, p. 135-137).

como instrumentos reveladores da razão prática e como métodos racionais de apuração da verdade, dando impessoalidade ao julgamento dos fatos.

A verdade, objeto do raciocínio lógico indutivo-dedutivo, é o fruto de juízos de probabilidade, que devem ser justificados com o recurso a todo o saber humano disponível, utilizado com objetividade e transparência. E muitas vezes, o controle da racionalidade e da probabilidade se torna extremamente impreciso, como na crítica do testemunho, mas, ainda assim, é importante não permitir que caia no subjetivismo, exigindo a demonstração das suas bases racionais.¹¹⁹

Os instrumentos de controle do julgamento fático também precisam ser aprimorados. Numa época em que a informática, as telecomunicações, as gravações de som e de imagem se tornaram extremamente acessíveis, crescem enormemente as possibilidades de um controle mais rigoroso sobre o julgamento dos fatos, não apenas o controle jurídico das instâncias recursais, mas também o controle social, especialmente através da crítica doutrinária e da crítica jornalística.¹²⁰

Quanto ao controle das instâncias recursais, cumpre rever a doutrina liberal de que o julgamento das provas não entra na violação da lei, não ensejando o acesso a instâncias recursais extraordinárias, pois grande parte das ofensas à lei é acobertada sob a capa de simples questões de fato.

13. Conclusão: a prova como garantia

Häberle, no seu ensaio sobre Direito e Verdade, ressalta que a verdade é um valor humanitário fundamental

¹¹⁹ V. TARUFFO, Michele. Op. cit., nota 9, p. 237-239.

¹²⁰ Em 1988, José Carlos Barbosa Moreira já alertava para a precariedade da avaliação das provas orais, depositando as esperanças de melhora na utilização dos meios tecnológicos modernos (Alguns problemas atuais da prova civil. In: *Temas de Direito Processual*, 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 158).

no Estado Democrático de Direito, porque dela dependem a eficácia da liberdade, da justiça e do próprio bem comum. Depois da experiência do modelo autoritário, o estado constitucional impõe a verdade como um valor cultural. Ao contrário de Hobbes (*auctoritas non veritas facit legem*), podemos dizer que é a verdade e não a autoridade que origina a lei. Correta, portanto, é a observação de Vaclav Havel de que “há nos sistemas pós-totalitários uma característica particular: a aspiração humana à verdade.”¹²¹

Como instrumento da verdade é que a prova vai cumprir aquela função social apontada por Devís Echandia: dar segurança às relações sociais e comerciais, prevenir e evitar litígios e delitos, servir de garantia dos direitos subjetivos e dos diversos status jurídicos.¹²²

Essa função a prova deve cumprir igualmente no processo civil e no processo penal, não obstante peculiaridades procedimentais de um ou de outro. Aliás, a prova não é um instituto exclusivo do mundo do Direito, mas instrumento de reconstrução racional dos fatos utilizado pelo saber humano em todas as suas formas.

As concepções puramente lógicas da prova são úteis para coibir o arbítrio judicial, mas não apreendem o fenômeno probatório em sua inteireza e com o seu papel garantístico.

A concepção exclusivamente processual trata o raciocínio jurídico como um mundo à parte, favorecendo o arbítrio, ora do soberano, ora do próprio juiz.

A convicção do julgador, como elemento funcional da prova, torna o julgamento dos fatos incontrolável, ou apenas extrinsecamente controlável, favorecendo o arbítrio.

A descoberta da verdade é o adequado elemento

¹²¹ HÄBERLE, Peter. *Diritto e verità*. Torino: Einaudi, 1995. p. 105. Taruffo também associa a busca da verdade à obtenção da justiça da decisão e à atuação das garantias processuais e do princípio da legalidade (Op. cit., nota 9, p. 47-48). Sobre o valor garantístico das normas sobre prova, V. VERDE, Giovanni. Op. cit., nota 18, p. 594.

¹²² Op. cit., p. 26.

funcional do conceito de prova, como pressuposto da realização da justiça e da tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos. Os obstáculos à realização desse objetivo devem ser, sempre que possível, removidos e as dificuldades em alcançá-lo não devem atirar-nos no ceticismo ou na falácia de soluções redutoras, como as da verdade formal, do julgamento fortemente influenciado por presunções ou por valorações probatórias aprioristicamente estabelecidas.

A celeridade do processo deve ser harmonizada com a busca da verdade e não sacrificá-la, introduzindo-se, se necessário, um procedimento investigatório preliminar.

O juiz deve fazer uso do conhecimento científico com o mesmo rigor do cientista, certificando-se concretamente da sua confiabilidade.

Objeto da prova são normalmente os fatos probandos e os fatos probantes, entendidos como os seus aspectos ou circunstâncias com relevância jurídica.

Nem o sistema das provas legais, nem o da livre convicção fundamentada são garantisticamente satisfatórios.

A concepção meta-jurídica, pelo impulso que confere à prova como instrumento de busca da verdade e por adotar uma metodologia aberta às teorias e experiências de todos os ramos do saber, é a única capaz de conferir à prova o seu papel garantístico. A concepção meta-jurídica constitui um sistema aberto a todas as áreas do conhecimento humano, com reduzidas limitações probatórias, ressalvadas apenas as impostas por exigências éticas ou humanitárias, sistema em que o julgamento fático se realiza através de critérios objetivos e racionais, aptos a assegurar o resultado mais próximo possível da verdade objetiva.

É através da argumentação probatória que se constrói racionalmente a verdade fática. Essa argumentação deve arrimar-se principalmente na lógica e na metodologia das ciências, tendo caráter tão

demonstrativo como o de quaisquer outras ciências experimentais, utilizando o raciocínio indutivo e o dedutivo.

Como adverte Antonio Carratta,¹²³ é preciso redefinir o modelo racional sobre o qual fundamentar o raciocínio probatório. Os reflexos da concepção garantístico-demonstrativa da prova sobre o sistema normativo devem ser examinados em profundidade na sua incidência sobre o princípio dispositivo e sobre institutos tradicionais como o ônus da prova, as presunções, as máximas de experiência, as preclusões, as limitações probatórias e resíduos de provas legais.

A efetivação de um sistema probatório garantístico exigirá o fortalecimento dos mecanismos de controle dos seus resultados, tanto endoprocessuais quanto extraprocessuais.

Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2004

Referências:

ARAGÃO, Egas Moniz de. Preclusão (Processo Civil). In: *Saneamento do processo - estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 1989.

_____. *Sentença e coisa julgada*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

BATIFFOL, H. Observations sur la preuve des faits. In: *La preuve en droit*.

¹²³ CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatorio). In: *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LVI, 2001. Padova: CEDAM, p. 102-103.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*. 2ª ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003.

BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Comares: Granada, 2001.

BEYEA, Jan. & BERGER, Daniel. Scientific Misconceptions Among Daubert Gatekeepers: The Need for Reform of Expert Review Procedures. In: *Complex litigation at the millennium*. V. 64. Durham, North Carolina: *Law and Contemporary Problems* da School of Law da Duke University, 2001.

BERGER, Margaret A. Upsetting the Balance Between Adverse Interests: The Impact of the Supreme Court's Trilogy on Expert Testimony in Toxic Tort Litigation. In: *Complex litigation at the millennium*. V. 64. Durham, North Carolina: *Law and Contemporary Problems* da School of Law da Duke University, 2001.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Opere Giuridiche*. v. I. Napoli: Morano ed., 1965.

_____. *La Cassazione Civile*. v. VI ed. Napoli: Morano ed., 1976.

_____. La sentenza civile come mezzo di prova. In: *Opere Giuridiche*. v. V. Napoli: Morano ed., 1972.

_____. Verità e verossimiglianza nel processo civile. In: *Opere Giuridiche*. v. V. Napoli: Morano ed., 1972.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CARBASSE, Jean-Marie; e DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence. Le juge romain à l'époque classique. In: *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*. France: ed. Presses Universitaires, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

_____. Pruebas civiles y pruebas penales. In: *Estudios de Derecho Procesal*. v. II. Buenos Aires: EJE, 1952.

_____. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. v. II. Argentina, Buenos Aires: UTEHA, 1944.

CARRATTA, Antônio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). In: *Rivista di Diritto Processuale*. ano LVI. Padova: CEDAM, 2001.

CASSIA, Paul. *Les référés administratifs d'urgence*. L.G.D.J., 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed ver. e aum. Napoli: ed. Jovene, 1923.

CUENCA, Humberto. *Proceso Civil Romano*. Buenos Aires: EJE, 1957.

CUVILLIER, Armand. *Nouveau précis de philosophie*. Paris: ed. Armand Colin, 1964.

DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. Yale University Press, 1997.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I. Argentina, Santa Fe: ed. Rubinzal-Culzoni, 1984.

DONDI, Angelo. Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma). In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano LVII. Milano: Giuffrè, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione - teoria del garantismo penale*. 5ª ed. Roma-Bari: Laterza, 1998.

FERRAND, Frédérique. *Cassation française et Révision allemande*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

FEYERABEND, Paul. *Against Method*. London-New York: ed. Verso, 2000.

FLORIAN, Eugenio. Le due prove (civili e penali). In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. III. parte I. Padova: CEDAM, 1926.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, s/d.

FRANCO RICCI. Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano LIV. Milano: Giuffrè, 2000.

_____. Verso um nuovo processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. ano LVIII. Padova: CEDAM, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el Derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GENTILI, Aurélio. L'argomentazione nel discorso prescrittivo: verità e persuasione. In: Alarico Mariani Marini, *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffrè, 2003.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Milano: Giuffrè (reedición inalterada). 1971.

_____. Logica (teoria dell'argomentazione). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. v. XXV.

_____. Prova in generale: a) Filosofia del diritto. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. XXXVII.

GÓMEZ MARTÍN, Fernando. *Actuaciones profesionales em el ámbito judicial (Especial mención a la Prueba Pericial Contable)*. Barcelona: CEDECS, 2003.

GUASP, Jaime. La prueba em el proceso civil español: principios fundamentales. In: *Estudios Jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996.

_____. *Juez y hechos en el Proceso Civil – una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Barcelona: Bosch, 1943.

HÄBERLE, Peter. *Diritto e verità*. Torino: Einaudi, 1995.

JASANOFF, Sheila. *La scienza davanti ai giudici*. Milano: Giuffrè, 2001.

LEGROS, R. La preuve légale en droit pénal. In: *La preuve en droit*.

LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3.^a ed. Firenze: Casa Editrice Livraria "Fratelli Cammelli", 1922. v. I.

LEVASSEUR, G. Le droit de la preuve em droit pénal français Le droit de la preuve em droit pénal français. In: *La preuve en droit*.

LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale – contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè, 1999.

_____. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. ano LVII. Padova: CEDAM, 2002.

KIRKHAN, Richard L. *Theories of truth – a critical introduction*. 4ª ed. Massachussets: MIT Press, Cambridge, 1997.

KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. The University of Chicago Press, 1996.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

MITTERMAYER, C. J . A. Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal. 1879.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. In: *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

PARDINI, Jean-Jacques. *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix, 2001.

P. FORIERS. Introduction au droit de la preuve. In: *La preuve en droit*.

PERELMAN, Chaïm. Evidência e prova. In: *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. La preuve en Droit, essai de synthese. In: *La preuve en droit*, 1981.

_____. e OLBRECHTS-TYTECA, L. *Trattato dell'argomentazione – la nuova retorica*. Torino: Einaudi, 2001.

_____. Opiniões e verdade. In: *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROLIN, Henri. citado por André Vanwelkenhuyzen; Preuve et secret em Droit Public. In: *La preuve en droit*. estudos publicados por Chaim Perelman e P. Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1981.

SAMMARCO, Angelo Alessandro. *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2001.

SANDERS, Joseph. Kumho and How We Know. In: *Complex litigation at the millennium*. V. 64. Durham, North Carolina: *Law and Contemporary Problems* da School of Law da Duke University, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. v. I. São Paulo: Max Limonad, s/d.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires: EJEJA, 1954.

STELLA, Federico. prefácio a Benito V. Frosini. *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2002.

SUDATTI, Ariani Bueno. *Raciocínio Jurídico e Nova Retórica*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*.

_____. Il giudice e la rule of law. In: *Sui confini*.

_____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*.

_____. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*.

_____. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*.

TOURNIER, Clara. *L'intime conviction du juge*. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e; e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TWINING, William. *Exploratory Essays*. Illinois: Northwestern University Press, 1994.

_____. *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*. London: ed. Weidenfeld & Nicolson, 1985.

VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile (Profili di teoria generale). In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1998.

_____. Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffré, 1988. v. XXXVII.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. La preuve juridique: axiologie, logique et argumentation. In: *La preuve en droit*.